

**Her Majesty the Queen***Appellant,*

v.

**Michael Kipling**(XXX XXX XXX Sergeant (retired), Canadian Forces)  
*Respondent.*

INDEXED AS: R. v. KIPLING

File No.: CMAC 437

Heard: Winnipeg, Manitoba, October 25, 2001

Judgment: Ottawa, Ontario, January 11, 2002

Present: Strayer C.J., Lysyk and Dawson J.J.A.

On appeal from a finding by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Winnipeg, Manitoba, on February 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 and 29, on March 1, 27, 28, 29, 30 and 31, on April 26 and 27, and on May 4 and 5, 2000.

*Respondent refused to undergo anthrax vaccination – Respondent charged under section 126 National Defence Act – Military Judge allowed plea in bar of trial and stayed the charge – National Defence Act, subsection 112 24(1) – Issue of “informed consent” or the constitutional requirement that there should be no vaccination without consent not a fit matter for plea in bar of trial – Canadian Charter of Rights and Freedoms, sections 7, 12 and 15 – Military Judge erred by failing to consider whether the invasion of security of person under section 7 was or was not in accordance with principles of fundamental justice*

The respondent was a flight engineer with 435 Squadron. In early 1998 a detachment from the Squadron was ordered to go to the Middle East as part of a multi-national force. Canadian authorities had an intelligence assessment indicating that Iraq might use weaponised anthrax against the force if armed conflict ensued. On March 12, 1998, the Commander of the respondent's detachment ordered all personnel to undergo an anthrax vaccination. The respondent refused and on March 14, 1998, he was charged under section 126 of the *National Defence Act*. The charge was brought before a Standing Court Martial in February, 2000. Sixteen days of hearings took place but no trial was ever held. Instead, the Military Judge first heard various motions, including a plea in bar of trial with respect to the jurisdiction of the court. He then went on to consider what he regarded as another plea in bar of trial based on sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Military Judge concluded that the respondent's right to life, liberty and security of the

**Sa Majesté la Reine***Appelante,*

c.

**Michael Kipling**(XXX XXX XXX Sergent (retraité), Forces canadiennes)  
*Intimé.*

RÉPERTORIÉ : R. c. KIPLING

N° du greffe : CACM 437

Audience : Winnipeg (Manitoba), le 25 octobre 2001

Jugement : Ottawa (Ontario), le 11 janvier 2002

Devant : le juge en chef Strayer et les juges Lysyk et Dawson, J.C.A.

En appel d'un verdict prononcé par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Winnipeg (Manitoba), les 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28 et 29 février, les 1, 27, 28, 28, 30 et 31 mars, les 26 et 27 avril et les 4 et 5 mai 2000.

L'intimé a refusé de subir la vaccination contre la fièvre charbonneuse – Il a été accusé aux termes de l'article 126 de la Loi sur la défense nationale – Le juge militaire a accueilli une fin de non-recevoir et a suspendu l'accusation – Paragraphe 112 24(1) de la Loi sur la défense nationale – La question du « consentement éclairé » ou de l'exigence sur le plan constitutionnel selon laquelle il ne peut y avoir de vaccin sans consentement n'est pas une question qui se prête à une défense de non-recevabilité – Articles 7, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés – Le juge militaire a commis une erreur en ne tenant pas compte de la question de savoir si l'atteinte à la sécurité de la personne suivant l'article 7 était ou n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale

L'intimé était un mécanicien de bord de l'escadron 435. Au début de 1998, un détachement de l'escadron a reçu l'ordre de se rendre au Moyen-Orient et de se joindre à la force multinationale. Les autorités canadiennes avaient une évaluation du renseignement selon laquelle l'Irak pourrait, en cas de conflit armé, utiliser contre les forces multinationales la bactérie de la fièvre charbonneuse. Le 12 mars 1998, le commandement du détachement de l'intimé a donné l'ordre à tout le personnel de subir la vaccination contre la fièvre charbonneuse. L'intimé a refusé et le 14 mars 1998 il a été accusé suivant l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. L'accusation a été portée devant la cour martiale permanente en février 2000. Environ seize jours d'audience ont eu lieu mais aucun procès n'a été tenu. Au lieu d'un procès, le juge militaire a d'abord entendu diverses requêtes, incluant une fin de non-recevoir à l'égard de la compétence du tribunal. Il a par la suite examiné ce qu'il considérait être une fin de non-recevoir fondée sur les articles 7, 12 et 15 de la *Charte*

person as guaranteed by section 7 of the Charter had been infringed. He allowed the plea in bar of trial and stayed the charge under section 126.

*Held* Appeal allowed and a new trial ordered.

Subsection 112.24(1) of the *Queen's Regulations & Orders* prescribes the situations in which an accused may plead in bar of trial. Subsection 112.24(6) provides that where a plea in bar of trial is allowed the court shall terminate the proceedings. The argument which the respondent sought to make before the Standing Court Martial in respect of "informed consent" or the constitutional requirement that there should be no vaccination without consent is not a plea described in subsection 112.24(1). It was therefore not a fit matter for a plea in bar of trial. Such an argument should have been dealt with in a trial where the elements of section 126 of the *National Defence Act* would have been addressed and the burden of proof would have been on the prosecution to establish the elements of the offence and not on the accused as it was in the plea proceedings. The Military Judge's decision under section 7 of the Charter was of extreme importance, not only for its implication as to the use of the anthrax vaccine in question, but also for the constitutional implications with respect to other laws in various Canadian jurisdictions which require immunization. Constitutional issues should be addressed in circumstances of the greatest clarity as to what is in issue.

The forcible vaccination of an individual would *per se* be an infringement of the right to security, but that was not the case here. The respondent was never vaccinated but sent home instead to face the consequence of a possible trial where it might be demonstrated that he had a "reasonable excuse". In applying section 7 of the Charter, the Military Judge was obliged to consider whether the right to personal security was denied in accordance with the principles of fundamental justice. It is well established that a court must balance individual interests *versus* the public interest in deciding whether, in the final analysis, there is a denial of a right contrary to the principles of fundamental justice so as to invoke the protection of section 7. The Military Judge did not consider whether the invasion of security of the person under section 7, which he found, was or was not in accordance with the principles of fundamental justice. This is an error of law in the application of a constitutional sanction.

In this case, the subject-matter of the proceeding is a prosecution under section 126 of the *National Defence Act*. Since that provision's "constitutional applicability or operability", as referred to in subsection 57(1) of the *Federal Court Act*, is what is in issue, the notice requirements in subsection 57(1) must be complied with. The parties did not do so and the Court is therefore precluded from adjudging section 126 to be either constitutionally inapplicable or inoperable.

The appeal is allowed and a new trial is ordered.

STATUTES AND REGULATION CITED:

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d), 12, 15.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 57 (as amended by S.C. 1990, c. 8, s. 19).

*canadienne des droits et libertés*. Le juge militaire a conclu que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qui est garanti par l'article 7 de la Charte avait été enfreint. Il a accueilli la fin de non-recevoir et a suspendu l'accusation portée suivant l'article 126.

*Arrêt* - L'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le paragraphe 112.24(1) des *Ordonnances et règlements royaux* prévoit les situations dans lesquelles un accusé peut présenter une fin de non-recevoir. Le paragraphe 112.24(6) prévoit que si la Cour fait droit à une fin de non-recevoir, elle met fin à l'instance. Les représentations que l'intimé cherchait à faire devant la cour martiale permanente à l'égard du « consentement éclairé » ou de l'exigence sur le plan constitutionnel qu'il ne devrait pas y avoir de vaccination sans consentement ne constituent pas une fin de non-recevoir décrite au paragraphe 112.24(1). Par conséquent, la défense de non-recevabilité ne pouvait pas être présentée. Un tel argument aurait dû être traité au procès où les éléments de l'article 126 auraient été examinés et le fardeau d'établir les éléments de l'infraction aurait incombé à la poursuite et non pas à l'accusé comme ce fut le cas lors de la présentation de la fin de non-recevoir. La décision du juge militaire relative à l'application de l'article 7 de la Charte était d'une extrême importance non seulement pour ses répercussions quant à l'utilisation du vaccin, mais aussi pour ses répercussions sur le plan constitutionnel à l'égard d'autres lois de diverses provinces et territoires canadiens qui exigent l'immunisation. Les questions constitutionnelles ne devaient être traitées que lorsqu'on a établi avec plus grande clarté l'objet du litige.

La vaccination forcée d'un individu serait en soi une atteinte au droit à la sécurité, mais ce n'est pas ce qui était en cause en l'espèce. L'intimé n'a jamais été vacciné mais a plutôt été renvoyé chez lui pour faire face aux conséquences d'un éventuel procès dans lequel il pourrait être prouvé qu'il avait un « motif valable » pour refuser de subir une vaccination. En appliquant l'article 7 de la Charte, le juge militaire avait l'obligation d'examiner la question de savoir si ce droit à la sécurité était refusé selon les principes de justice fondamentales. Il est clairement établi qu'un tribunal doit sopeser les intérêts personnels en fonction de l'intérêt public lorsqu'il décide en dernière analyse s'il existe un déni d'un droit qui va à l'encontre des principes de justice fondamentales, de sorte que la protection de l'article 7 puisse être invoquée. Le juge militaire n'a pas tenu compte de la question de savoir si l'atteinte à la sécurité de la personne suivant l'article 7, à laquelle il a conclu, était ou n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il s'agit d'une erreur de droit dans l'application d'une sanction sur le plan constitutionnel.

En l'espèce, l'objet de l'instance était une poursuite intentée en vertu de l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. Étant donné que c'est précisément ce que l'article 126 prévoit, l'« applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel », dont il est question au paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, est ce qui est en cause, il fallait respecter les exigences concernant l'avis à donner énoncé au paragraphe 57(1). Les parties ne l'ont pas fait et la Cour ne peut pas déclarer que l'article 126 est sur le plan constitutionnel soit inapplicable soit sans effet.

L'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS :

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11(d), 12, 15.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 7

*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss 126, 230.1(d) (added by S.C. 1991, c. 43, s. 21), 239.2 (added, *idem*, s. 25).

*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, ss. 112.03(2), 112.24(1), 112.24(6)

(mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 126, 230.1d) (ajouté par L.C. 1991, ch. 43, art. 21), 239.2 (ajouté, *idem*, art. 25).

*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, art 112.03(2), 112.24(1), 112.24(6).

#### CASE CITED:

*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519

#### COUNSEL:

*Major Glen T. Rippon and Lieutenant-Commander Michele L. Geiger-Wolfe*, for the appellant.  
*Jay Prober and Jill Duncan*, for the respondent.

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

STRAYER C.J.

#### Introduction

[1] This appeal raises questions as to whether a member of the Canadian Armed Forces may be prosecuted under section 126 of the *National Defence Act* (R.S.C. 1985, c. N-5) for refusing to submit to a vaccination when ordered to do so if, in the opinion of a military court, the vaccine was "unsafe and hazardous". It also raises the question as to whether such a decision should be made by a Standing Court Martial in a proceeding said to be a plea in bar of trial; and further, whether the proceedings in this Court would require a pronouncement by the Court as to the "constitutional validity, application or operability" of section 126 and if so, whether any such pronouncement can be made in the absence of service on the attorneys general of a notice as required by section 57 of the *Federal Court Act* (R.S.C. 1985, c. F-7).

#### Facts

[2] The salient facts as to the respondent's conduct are not in dispute.

[3] The respondent had been in the Armed Forces since 1973. At the time relevant to this proceeding he was a flight engineer with 435 Squadron. In early 1998 a detachment from the Squadron was ordered to go to the Middle East as part of a multi-national force deployed to put pressure

#### JURISPRUDENCE CITÉE :

*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519

#### AVOCATS :

*Major Glen T. Rippon et Lieutenant-commandeur Michele L. Geiger-Wolfe*, pour l'appelante.  
*Jay Prober et Jill Duncan*, pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par*

LE JUGE EN CHEF STRAYER :

#### Introduction

[1] Le présent appel soulève la question de savoir si un membre des Forces canadiennes peut être poursuivi suivant l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch N-5, pour avoir refusé de se soumettre à une vaccination après en avoir reçu l'ordre si, selon l'opinion d'un tribunal militaire, le vaccin était « dangereux ». L'appel soulève de plus la question de savoir si une telle décision devrait être rendue par la cour martiale permanente dans une procédure présentée comme étant une fin de non-recevoir, et, en outre, la question de savoir si les procédures devant la Cour devraient faire l'objet d'un jugement formel par la Cour quant à « la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel » de l'article 126 et, dans l'affirmative, si un tel jugement formel peut être rendu sans que soient avisés le procureur général du Canada et ceux des provinces, tel que l'exige l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

#### Les faits

[2] Les faits saillants quant à la conduite de l'intimé ne sont pas contestés.

[3] L'intimé était membre des forces armées depuis 1973. Lors de la période pertinente quant à l'instance, l'intimé était un mécanicien de bord de l'escadron 435. Au début de 1988, un détachement de l'escadron a reçu l'ordre de se rendre au Moyen-Orient et

on Iraq to comply with UN Security Council resolutions in respect of submitting to weapons inspections. The deployment of the respondent's unit was originally to Bahrain but while it was en route the destination was changed to Kuwait City, some 61 kilometres from the Iraq border. There was evidence that Canadian authorities had an intelligence assessment indicating that Iraq might use weaponised anthrax against the multinational forces if armed conflict ensued. On March 12, 1998 the Commander of the respondent's detachment ordered all personnel to undergo vaccination with an anthrax vaccine. The respondent refused to undergo such vaccination and on March 14, 1998 he was charged under section 126 of the *National Defence Act*. Section 126 provides as follows:

126 Every person who, on receiving an order to submit to inoculation, re-inoculation, vaccination, re-vaccination, other immunization procedures, immunity tests, blood examination or treatment against any infectious disease, wilfully and without reasonable excuse disobeys that order is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for less than two years or to less punishment

Shortly thereafter he was deployed back to Canada because of his refusal.

[4] It must be emphasized that at no time was the respondent physically forced to undergo vaccination.

[5] The charge was brought before a Standing Court Martial in February, 2000. Some 16 days of hearings took place but no trial was ever held. Instead the military judge first heard various motions, including a plea in bar of trial with respect to the jurisdiction of the court, and he disposed of them. He then went on to consider what he regarded as another plea in bar of trial based on sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. How this matter was raised and dealt with requires close examination.

[6] The parties have been unable to produce for this Court any written description by the respondent of the issues he intended to raise in a plea in bar of trial relevant to sections 7, 12 and 15 of the Charter. I must assume that the military judge accurately summarized what he understood to be the issue in the following passage:

This court understands that the defence will soon present a plea in bar of trial based on section 7, 12 and 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*. The defence has already notified the court in writing that it intends to argue that imposing inoculation with an unlicensed vaccine without obtaining an informed consent from the members of the Canadian

de se joindre à la force multinationale déployée dans le but d'exercer des pressions sur l'Iraq pour qu'elle se conforme aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies à l'égard des inspections des armes. Le déploiement de l'unité de l'intimé devait au départ se faire à Bahreïn, mais en cours de route la destination a été changée pour Koweït, située à quelque 61 kilomètres de la frontière de l'Iraq. Les autorités canadiennes avaient une évaluation du renseignement selon laquelle l'Iraq pourrait, en cas de conflit armé, utiliser contre les forces multinationales la bactérie de la fièvre charbonneuse. Le 12 mars 1998, le commandant du détachement de l'intimé a donné l'ordre à tout le personnel de subir la vaccination contre la fièvre charbonneuse. L'intimé a refusé de subir une telle vaccination et le 14 mars 1998 il a été accusé suivant l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. L'article 126 prévoit ce qui suit :

126 La transgression, délibérée et sans motif valable, de l'ordre de se soumettre à toute forme d'immunisation ou de contrôle immunitaire, à des tests sanguins ou à un traitement anti-infectieux constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, d'un emprisonnement de moins de deux ans

Peu après, l'intimé a été renvoyé au Canada à cause de son refus.

[4] Il importe de souligner que l'intimé n'a jamais été physiquement forcé à subir la vaccination.

[5] L'accusation a été portée devant la cour martiale permanente en février 2000. Environ seize jours d'audience ont eu lieu mais aucun procès n'a été tenu. Au lieu d'un procès, le juge militaire a d'abord entendu diverses requêtes, incluant une fin de non-recevoir à l'égard de la compétence du tribunal, et a statué sur ces requêtes. Il a par la suite examiné ce qu'il considérait être une fin de non-recevoir fondée sur les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La façon dont la question a été soulevée et traitée doit être examinée attentivement.

[6] Les parties ont été incapables de déposer à la Cour quelque avis écrit que ce soit quant aux questions applicables aux articles 7, 12 et 15 de la Charte que l'intimé avait l'intention de soulever dans sa fin de non-recevoir. Je dois tenir pour acquis que le juge militaire a résumé de façon précise, dans l'extrait suivant, ce qu'il pensait être la question en litige :

[TRADUCTION]

La Cour croit comprendre que la défense présentera bientôt une fin de non-recevoir fondée sur les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La défense a déjà informé par écrit la Cour qu'elle alléguerait que le fait d'imposer l'inoculation d'un vaccin non homologué, sans avoir obtenu un consentement éclairé de la part des membres des

Forces subjected to the vaccination program constituted an infringement of the accused's Charter rights to life, liberty and security of the person, the right not to be subjected to cruel and unusual treatment, and the right to equal protection and equal benefit of the law (1 appeal book p 116 lines 1-11)

Neither counsel took exception to that description. It will be noted that the learned military judge states that "the defence has already notified the court in writing that it intends to argue . . .". When asked by this Court to produce this notice in writing neither party could find any such notice, nor was one included in the record of the Standing Court Martial. The only notice produced by the parties was in the form of a letter from counsel for the respondent dated February 10, 2000 in which he notified the prosecutor in writing, with a copy to the military court, of the particulars of his intended plea in bar of trial which in no way mentioned the Charter issues. Attached to that letter was a copy of a Notice of Application filed previously in the Federal Court Trial Division, but not yet dealt with there, in which the respondent was seeking, in that court, prohibition and declaratory relief related to sections 7, 11(d), 12 and 15 of the Charter. That Notice did not allege that the anthrax vaccine was "unsafe" but only that it was "unlicensed". The Federal Court application was of course a proceeding for remedies which were in no way available in the Standing Court Martial.

[7] It must also be noted that the respondent's counsel affirmed to the Standing Court Martial, at the request of the prosecutor, that in the issues he raised he was not attacking the validity of section 126 of the *National Defence Act*. (1 AB, p. 121, lines 21-4; 6 AB, p. 984, lines 29-32).

[8] The court martial then proceeded to hold hearings on this "plea in bar of trial", presumably on the issue of "informed consent" as stated at the outset by the military judge. Much evidence was heard touching on the circumstances of the deployment, considerations by the military authorities of the need for anthrax vaccination, the use of this particular vaccine elsewhere, and conflicting expert opinions as to the degree of risk associated with the use of the vaccine

[9] Following this evidence counsel for the respondent made a lengthy argument as to the need for "informed consent" to comply with section 7 of the Charter. His argument was somewhat ambiguous. His basic premise was, and remains as confirmed by him at the hearing of this

Forces canadiennes soumis au programme de vaccination, constitue une atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, à son droit de ne pas être soumis à un traitement cruel ou inusité et à son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi (Dossier d'appel 1, page 116, lignes 1 à 11)

Aucun des avocats ne s'est opposé à cet état de cause. On remarquera que le juge militaire déclare que [TRADUCTION] : « [l]a défense a déjà informé par écrit la Cour qu'elle alléguerait [ . ] ». Lorsque la Cour a demandé de déposer par écrit l'avis précédemment mentionné, aucune des deux parties n'a pu le fournir pas plus qu'il n'y en avait un au dossier de la cour martiale permanente. Le seul avis déposé par les parties était une lettre de l'avocat de l'intimé datée du 10 février 2000, par laquelle il informait le substitut du procureur général, avec copie au tribunal militaire, des détails de la fin de non-recevoir qu'il prévoyait présenter, mais qui ne mentionnait d'aucune façon les questions liées à la Charte. Une copie de l'avis d'une demande précédemment déposée à la Section de première instance de la Cour fédérale, sur laquelle la cour n'avait pas encore statué et auprès de laquelle cour l'intimé sollicitait un bref de prohibition et un jugement déclaratoire en s'appuyant sur les articles 7, 11(d), 12 et 15 de la Charte, était jointe à la lettre. Il n'était pas allégué dans cet avis que le vaccin contre la fièvre charbonneuse était « dangereux », mais seulement qu'il était « non homologué ». La demande présentée à la Cour fédérale était évidemment une procédure pour obtenir une réparation qui n'était d'aucune manière disponible auprès de la cour martiale permanente.

[7] Il faut aussi remarquer que l'avocat de l'intimé a déclaré à la cour martiale permanente, à la demande du substitut du procureur général, que dans les questions en litige soulevées il ne contestait pas la validité de l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. (DA 1, page 121, lignes 21-4; DA 6, page 984, lignes 29 à 32.)

[8] La cour martiale a alors tenu audience sur la « fin de non-recevoir », selon la remarque préliminaire du juge militaire, vraisemblablement sur la question du « consentement éclairé ». De nombreux éléments de preuve ont été présentés relativement aux circonstances du déploiement, aux facteurs pris en compte par les autorités militaires relativement à la nécessité de la vaccination contre la fièvre charbonneuse, à l'utilisation ailleurs dans le monde de ce vaccin spécial et aux opinions contradictoires de spécialistes quant au niveau du risque associé à l'utilisation de ce vaccin.

[9] L'avocat de l'intimé a par la suite présenté une argumentation détaillée sur la nécessité d'avoir un « consentement éclairé » afin de se conformer à l'article 7 de la Charte. Ses représentations étaient passablement ambiguës. Sa prémisse était, et reste telle qu'il l'a

appeal, that every one has the right to choose whether he or she will permit a medical intrusion into his or her body by means such as a vaccine. He would permit no distinction as between members of the Armed Forces and civilians in this respect. This is a clear and understandable proposition. In his view this right has become constitutionalized by section 7 where it guarantees security of the person. However he then proceeded to argue that there was enough information then available (apparently, whether known to Sergeant Kipling at the time or not) which would have given him a "reasonable excuse" (as permitted by section 126) to refuse the vaccine. He argued that the respondent's superiors should have, there and then at the site of deployment, decided whether the respondent's concerns provided him with a "reasonable excuse" and that the matter should not have proceeded by way of prosecution. He characterized this as consistent with a requirement for "informed consent". Near the end of his argument on section 7 counsel for the respondent stated:

So we're not attacking section 126 *per se* as it is now enacted. We're not attacking the law, as such, but rather the way it was interpreted and implemented in this particular case. And I say to you, "Well, then, what was done in this particular case?" We say, Your Honour, that the command in effect, the order in effect was unlawful. And why was it unlawful? Because section 126 does not allow senior officers to say to enlisted personnel, "you must take that vaccine." So section 126 does not say and does not authorize senior officers to say to the troops, "you must take that vaccine", that's not what it says. Rather, it says, "you must take that vaccine unless you have a reasonable excuse", a reasonable excuse. And we submit that those words, "reasonable excuse", in effect equate to informed consent. The Charter is in effect, in this case, a tool of statutory interpretation and, again, informed consent equates to reasonable excuse in the legal sense. (6 AB p 984, lines 29-45)

(At this point I feel obliged to remark, parenthetically, that it is hard to understand how the concept of "informed consent" relates to the respondent's arguments concerning the requirements of section 7 of the Charter or section 126 of the *National Defence Act*. The respondent's basic premise is that service personnel, like all Canadians, have a right to security of the person under section 7, which means *inter alia* that they cannot be vaccinated unless they consent. This right is a right to refuse consent for some good reason or for no reason at all. A prosecution under section 126 also is based on the refusal of a member of the forces to consent. Yet the normal use of the doctrine of "informed consent" is in situations where some form of consent has been given, and it is contended that such consent is not valid unless it was "informed". Counsel

confirmée à l'audience de l'appel, que chaque individu a le droit de décider s'il autorise une intrusion médicale dans son corps par un moyen comme un vaccin. À cet égard, il n'admet aucune distinction entre les membres des forces armées et les civils. Il s'agit d'une prétention claire et compréhensible. Selon lui, ce droit est devenu un droit constitutionnel par l'article 7, qui garantit la sécurité de la personne. Cependant, il a par la suite allégué qu'il y avait suffisamment d'information alors disponible (apparemment, connue ou non par le sergent Kipling à ce moment) qui aurait donné au sergent Kipling un « motif valable », tel que le prévoit l'article 126, pour refuser que le vaccin lui soit administré. Il a allégué que les supérieurs de l'intimé auraient dû, séance tenante lors du déploiement, décider si les préoccupations de l'intimé lui donnaient un « motif valable » et que l'affaire n'aurait pas dû faire l'objet de poursuites judiciaires. Cette manière de procéder aurait selon lui été compatible avec l'exigence de « consentement éclairé ». Vers la fin de ses représentations quant à l'article 7, l'avocat de l'intimé a affirmé :

[TRADUCTION]

Alois nous ne contestons pas l'article 126 en soi dans sa version actuelle. Nous ne contestons pas la loi comme telle, mais plutôt la façon dont elle était interprétée et mise en application en l'espèce. Et je vous dis « Bon, alors qu'est-ce qui a été fait en l'espèce? » Nous affirmons, votre Seigneurie, que le commandement en question, l'ordre en question était illégal. Pourquoi était-il illégal? Parce que l'article 126 ne permet pas aux officiers supérieurs de dire aux militaires du rang « Vous devez recevoir ce vaccin ». Alors l'article 126 n'autorise pas les officiers supérieurs à dire aux troupes « Vous devez recevoir ce vaccin ». Ce n'est pas ce que l'article prévoit. L'article prévoit plutôt « Vous devez recevoir ce vaccin à moins que vous n'ayez un motif valable », un motif valable. Nous soumettons que ces mots, « motif valable », équivalent dans les faits à un consentement éclairé. La Charte est en fait, en l'espèce, un outil d'interprétation de la loi et, une fois de plus, un consentement éclairé équivaut au sens de la loi à un motif valable. (DA 6, page 984, lignes 29 à 45)

(À ce point, je me sens obligé de faire remarquer, entre parenthèses, qu'il est difficile de comprendre de quelle façon le concept de « consentement éclairé » se rapporte aux représentations de l'intimé quant aux exigences de l'article 7 de la Charte ou de l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. La prémisse de base de l'intimé est que les membres de l'armée, comme tous les Canadiens, ont le droit à la sécurité de leur personne suivant l'article 7, ce qui signifie notamment qu'ils ne peuvent pas recevoir un vaccin sans qu'ils y consentent. Ce droit est un droit de refuser un consentement pour une bonne raison ou sans aucune raison. Une poursuite suivant l'article 126 est aussi fondée sur le refus d'un membre des forces armées à donner son consentement. Toutefois, l'utilisation habituelle de la doctrine du « consentement éclairé » se présente dans

seems to have confused these disparate concepts in order to employ the mantra of "informed consent".)

[10] The associate counsel for the respondent thereafter argued the applicability of sections 12 and 15 of the Charter. As the military judge did not rely on these sections in his disposition of the case, I need not consider further this part of the argument.

[11] After counsel for the respondent had completed their arguments the military judge stated as follows:

Now, Major Fullerton, before I ask you to proceed, in early February of this year, Mr Prober, you served the court by sending to my attention some documents which contained a notice of application that you intended to place before the federal court seeking for, amongst other things, a writ of prohibition. In that document you refer to the administration of an unlicensed anthrax vaccine as infringing the accused's rights under sections 7, 12 and 15. In your final remarks today you referred to the unlicensed vaccine, and Ms Duncan when she spoke on section 12, referred to the unsafe vaccine and she mentioned the evidence of Dr Nass

Now we've been going at this for awhile and in some three weeks of evidence that was heard here the issue of the safety of the anthrax vaccine, and specifically of lots 020 and 030, was canvassed at length. And yet, basically, you have not, nor you nor Ms Duncan, commented on this part of the evidence in your final remarks on this plea in bar of trial.

So, Mr Prober, could you comment on the issue of the lack of safety of these two vaccine lots, lack of safety – or safety, on the issue of safety of these two vaccine lots as it relates to the right to the security of the person under section 7 of the Charter, since you're the one that argued section 7?

If the court were to be satisfied on the balance of probabilities that the vaccine in lots 020 and 030 was unsafe, what effect could such a conclusion have on the application of section 7 of the Charter?

Conversely, if you do not want or do not care to comment on this issue, feel free to confirm that to the court that this is your informed decision (6 AB p 1010, lines 11-45)

Counsel for the respondent replied by assuring the court that his client did consider the vaccine in question to be unsafe and he asked the military judge to consider carefully the evidence which would support that belief. He did not specifically ask for a finding that the vaccine was unsafe: his argument appeared to rely in part on that alleged unsafety to support variously his position that every one should have the absolute right to refuse a vaccination, regardless of their occupation, or that no one should be deemed to have

les situations où on prétend qu'un certain consentement a été donné, mais qu'il n'est pas valide à moins qu'il soit « éclairé ». L'avocat semble avoir confondu ces concepts disparates dans le but de faire un leitmotiv des mots « consentement éclairé ».)

[10] Le procureur associé de l'intimé a par la suite allégué l'applicabilité des articles 12 et 15 de la Charte. Étant donné que le juge militaire ne s'est pas appuyé sur ces articles pour décider de l'affaire, je n'ai pas à tenir compte davantage de cette portion des représentations.

[11] Après que l'avocat de l'intimé eut achevé ses représentations, le juge militaire a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Maintenant, Major Fullerton, avant que je vous donne la parole, au début de février de cette année, M Prober, vous avez signifié au tribunal, en envoyant à mon attention, des documents qui incluaient un avis de demande que vous aviez l'intention de présenter à la Cour fédérale sollicitant entre autres choses un bref de prohibition. Dans ce document, vous qualifiez l'administration d'un vaccin non homologué contre la fièvre charbonneuse d'atteinte aux droits de l'accusé suivant les articles 7, 12 et 15. Aujourd'hui, dans vos remarques finales, vous mentionnez le vaccin non homologué et Mme Duncan, lorsqu'elle a traité de l'article 12, a parlé du vaccin dangereux et a mentionné le témoignage du Dr Nass

Maintenant, nous sommes dans cette affaire depuis un certain temps et, au cours des quelque trois semaines de témoignages entendus ici, la question de savoir si le vaccin contre la fièvre charbonneuse était sécuritaire, et notamment les lots 020 et 030, a été discutée en profondeur. Pourtant, au fond, vous n'avez pas, ni vous ni Mme Duncan, commenté cette partie de la preuve dans les remarques finales de votre plaidoyer sur la fin de non-recevoir.

Alors, M Prober, pouvez-vous commenter la question du manque de sécurité des deux lots mentionnés, du manque ou de la sécurité, la question de ces deux lots par rapport au droit à la sécurité de la personne suivant l'article 7 de la Charte, étant donné que vous êtes celui qui avez invoqué cet article 7.

Si le tribunal était convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, les lots 020 et 030 n'étaient pas sécuritaires, quel serait l'effet d'une telle conclusion sur l'application de l'article 7 de la Charte?

Inversement, si vous ne souhaitez pas commenter cette question ou si vous ne jugez pas nécessaire de le faire, n'hésitez pas à confirmer au tribunal qu'il s'agit là de votre décision éclairée (DA 6, page 1010, lignes 11 à 45)

L'avocat de l'intimé a répondu en confirmant au tribunal que son client croyait effectivement que le vaccin en cause était dangereux et il a demandé au juge militaire d'examiner attentivement les éléments de preuve qui appuient son opinion. Il n'a pas expressément demandé au tribunal de conclure que le vaccin était dangereux. Il semblait alléguer en partie le fait que le vaccin était dangereux pour soutenir de diverses manières sa prétention selon laquelle toute personne devrait avoir le droit absolu de refuser de

consented unless their consent was "informed" which, according to his argument, the respondent was not in this case in respect of much of the material put before the court. (6 AB p. 1011-12).

[12] It is true that the prosecutor did not take objection to the question of safety as such being addressed. However it appears from his argument that he did not understand (and there was no written or oral formulation by the respondent's counsel to so indicate) that safety as such was the central issue. He dealt with the conflicting evidence as to safety in the context of whether the vaccine also represented a threat to "life" as protected by section 7 of the Charter and he argued that the evidence disclosed no threat to life (6 AB p 1033-35) It is clear that he still understood the issue to be, as formulated by counsel for the respondent, that the constitution somehow mandates the unqualified right of every one, including service personnel, to refuse a vaccination; that, apparently, "reasonable excuse" as a matter of constitutional principle must be taken to require "informed consent"(presumably one cannot be asked to consent unless one has been informed); and that it is constitutionally impermissible to require that in order to establish the existence of "reasonable excuse" one must face prosecution. (6 AB p. 1032, lines 16-29).

[13] Notwithstanding this background, the military judge in his decision in respect of the "plea in bar of trial" characterized the most important issue as being whether the "substance which was used in Kuwait City on 12 March 1998 was safe". This he regarded as a prior question to a determination of the validity of section 126, which in fact he never did decide. (6 AB 1065, lines 21-28). After reviewing the conflicting evidence on the question as stated by him he reached these conclusions:

no evidence has shown any malice or negligence on the part of the Canadian Forces authorities in deciding to go with the mandatory anthrax vaccine program on the basis of their knowledge in 1998

\*\*\*\*\*

There was no requirement to show that the vaccine was deadly or would've caused irreparable or incurable physical or psychological damages to our soldiers. It was sufficient and the court is satisfied on the balance of probabilities that the defence has successfully demonstrated

recevoir un vaccin, indépendamment de son occupation, ou qu'aucune personne ne devrait être réputée avoir consenti à un vaccin à moins que son consentement n'ait été « éclairé », ce qui, à son avis, n'était pas le cas pour l'intimé en l'espèce au vu d'une grande partie des documents soumis au tribunal. (DA 6, pages 1011 et 1012.)

[12] Il est vrai que le substitut du procureur général ne s'est pas opposé à ce que la question de la sécurité comme telle soit traitée. Cependant, il appert de ses représentations qu'il ne comprenait pas, et il n'y avait aucune indication écrite ou verbale de la part de l'avocat de l'intimé, que la sécurité en soi était la question principale. Il a traité de la preuve contradictoire quant à la sécurité dans le contexte de savoir si le vaccin constituait une menace à la « vie » telle qu'elle est protégée suivant l'article 7 de la Charte et il a allégué que la preuve ne révélait aucune menace à la vie (DA 6, pages 1033 à 35.) Il est évident qu'il comprenait encore que la question en litige était, telle qu'énoncée par l'avocat de l'intimé, que la constitution donne d'une certaine façon à tous, y compris le personnel militaire, le droit absolu de refuser de subir une vaccination; que, apparemment, un « motif valable » sur le plan des principes constitutionnels doit être compris comme exigeant un « consentement éclairé » (on ne peut présument pas demander à quelqu'un de donner un consentement à moins qu'il soit informé); qu'il est inadmissible sur le plan constitutionnel d'exiger qu'un individu doive, afin d'établir l'existence d'un « motif valable », faire face à une poursuite. (DA 6, page 1032, lignes 16 à 29)

[13] Malgré les faits précédemment mentionnés, le juge militaire dans sa décision quant à la « fin de non-recevoir » a qualifié la question de savoir si la [TRADUCTION] « substance utilisée à Koweït le 12 mars 1998 était sécuritaire » comme étant la question la plus importante. Il a considéré que cette question était une question préalable à la question de la validité de l'article 126, qu'il n'a en fait jamais effectivement tranchée. (DA 6, page 1065, lignes 21 à 28.) Après avoir examiné la preuve contradictoire sur la question qu'il avait énoncée, il a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

[ ] la preuve n'a montré aucune malveillance ou négligence de la part des autorités des Forces canadiennes lorsqu'elles ont décidé de procéder à la vaccination obligatoire contre la fièvre charbonneuse en se fondant sur les connaissances qu'elles avaient en 1998

\*\*\*\*\*

Il n'existait aucune obligation de démontrer que le vaccin était mortel ou qu'il aurait causé des préjudices physiques ou psychologiques irréparables ou incurables à nos soldats. Il suffisait, et la cour, selon la prépondérance des probabilités en a été convaincue, que la défense réussisse à démontrer

that the anthrax vaccine contained in lot 020 was unsafe and hazardous and could be responsible for the important symptoms reported by so many persons who received that vaccine

In those circumstances, the court concludes that the accused's right to life, liberty and security of the person in section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* were infringed. And as the court stated earlier, the government, through its Department of National Defence and the Canadian Forces, could never be justified to impose inoculation of soldiers with an unsafe and dangerous vaccine as a limit of their rights under section 7 (6 AB p 1072, lines 7-10, 15-32)

He then proceeded to allow the plea in bar of trial and stayed the charge under section 126.

[14] The Crown appeals from that decision and requests that a new trial be ordered. In its requisition for hearing of the appeal the appellant affirmed that there was no requirement to serve a notice of constitutional question. At the opening of the hearing both parties confirmed that they did not consider there to be any constitutional question, as defined in section 57 of the *Federal Court Act*, to be before the Court Martial Appeal Court, and that therefore no notice of constitutional question was required

#### Issues

[15] Counsel for the appellant principally invited this Court to set aside the findings of fact of the Standing Court Martial as to the anthrax vaccine being "unsafe and hazardous", as unreasonable and unsupported by the evidence. He argued that the military judge denied the prosecution an opportunity to present its case fairly by treating the issue as one of determining the safety of the vaccine, whereas the argument as presented by the defence before the learned judge, and responded to by the prosecution, involved the question of whether no vaccination could be constitutionally required of military personnel without their consent and the rule of "informed consent". The appellant also raised several arguments to the effect that section 126 could be constitutionally applied in these circumstances

[16] The respondent before this Court mainly argued in support of the correctness of the learned military judge's findings of fact and against the right of an appeal court to alter or reverse those findings. He reverted to the argument based on "informed consent". He also countered the arguments raised by the appellant concerning the constitutional applicability of section 126.

que le lot 020 du vaccin contre la fièvre charbonneuse était dangereux et pouvait être responsable des importants symptômes signalés par un si grand nombre d'individus qui avaient reçu le vaccin

Dans ces circonstances, la Cour conclut que le droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été enfreint. Tel que la Cour l'a précédemment déclaré, le gouvernement, par son ministère de la Défense nationale et les Forces canadiennes, ne pourrait jamais justifier l'inoculation obligatoire d'un vaccin dangereux à des soldats en supposant une telle limite à leurs droits garantis par l'article 7 (DA 6, page 1072, lignes 7 à 10 et 15 à 32)

Il a alors accueilli la fin de non-recevoir et a suspendu l'accusation portée suivant l'article 126.

[14] La Couronne en appelle de la décision et demande qu'on ordonne un nouveau procès. Dans sa demande d'audience de l'appel, l'appelante a déclaré qu'il n'existait aucune obligation de signifier un avis relativement à une question constitutionnelle. En début d'audience, les deux parties ont confirmé qu'elles étaient d'accord qu'il n'existait aucune question constitutionnelle, telle que définie à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, devant la Cour d'appel de la cour martiale et que, par conséquent, aucun avis de question constitutionnelle n'était nécessaire

#### Les questions en litige

[15] L'avocat de l'appelante a sollicité principalement de la Cour l'annulation des conclusions de fait de la cour martiale permanente selon lesquelles le vaccin contre la fièvre charbonneuse était « dangereux », au motif qu'elles étaient déraisonnables et non appuyées par la preuve. Il a allégué que le juge militaire a refusé à la poursuite la possibilité de soumettre de façon équitable sa preuve, en traitant la question en litige comme portant sur la sécurité du vaccin, alors que les représentations soumises par la défense au juge, et auxquelles la poursuite a répondu, touchaient à la question de savoir si la vaccination pouvait sur le plan constitutionnel être exigée des membres du personnel militaire sans leur consentement et à la règle du « consentement éclairé ». L'appelante a de plus soulevé plusieurs arguments selon lesquels l'article 126 pourrait s'appliquer sur le plan constitutionnel dans les circonstances.

[16] L'intimé a principalement soutenu devant la Cour l'argument que les conclusions de fait du juge militaire étaient des décisions correctes et l'argument qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier ou infirmer ces décisions. Il est revenu à l'argument fondé sur le « consentement éclairé ». Il a de plus contredit les arguments soulevés par l'appelante quant à l'applicabilité sur le plan constitutionnel de l'article 126

Analysis

[17] I have concluded that this appeal must be allowed, the stay of prosecution set aside, and a new trial ordered

[18] Before going into the reasons for this conclusion I believe it is important first to understand what section 126 of the *National Defence Act* provides and what the decision of the military judge, in staying the prosecution under section 126, really means.

[19] Section 126 does three things. First, it makes clear by implication that an order to submit to vaccination is an order authorized by Parliament under the *National Defence Act*. Secondly, it exposes to prosecution anyone who refuses to obey such an order. Thirdly, it allows that person, if tried under section 126, to raise the defence of "reasonable excuse". (Counsel could not refer the Court to any jurisprudence interpreting "reasonable excuse" in this context).

[20] As for the legal meaning of the decision of the military judge, it appears to be that a mere order, made in good faith and without negligence, to submit to a vaccination, where at that time or at some time in the future there may be opinions expressed that such vaccine is unsafe, is *per se* a violation of section 7 of the Charter. It is apparently not relevant that the authorities acted with reasonable care and without malice as the trial judge found, or that personnel are allowed to refuse vaccination and raise their reasonable concern about the safety of the vaccine as a defence in a prosecution under section 126. The thrust of the decision is that no one should be exposed even to an order to take a vaccine about which he has concerns, though he is not physically forced to receive the vaccine, if he thereby runs the risk of prosecution and the possibility that he could not sustain a defence of "reasonable excuse". (While the matter is perhaps not free from doubt and I need not decide it here, it is probable that at such a trial the burden of negating "reasonable excuse" would be on the Crown and the burden would not be on an accused to prove it).

[21] Thus the effect of the decision of the military judge in reality is that section 126 cannot be interpreted to authorize an order requiring the taking of a vaccine thought by some to be unsafe, nor can it authorize a prosecution for refusal, nor can the defence of "reasonable excuse"

Analyse

[17] J'ai conclu que le présent appel doit être accueilli, que la suspension de la poursuite doit être annulée et qu'un nouveau procès doit être ordonné.

[18] Avant d'énoncer les motifs qui m'amènent à une telle conclusion, je crois qu'il est important en premier lieu de comprendre ce que l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit et ce que la décision du juge militaire, de suspendre la poursuite portée suivant l'article 126, signifie réellement.

[19] L'article 126 fait trois choses. Premièrement, il fait qu'implicitement un ordre de se soumettre à une vaccination est un ordre autorisé par le Parlement suivant la *Loi sur la défense nationale*. Deuxièmement, il expose à une poursuite toute personne qui refuse d'obéir à un tel ordre. Troisièmement, il permet à une telle personne, si elle subit un procès en vertu de l'article 126, d'invoquer en défense qu'elle avait un « motif valable ». (Les avocats n'ont pu indiquer à la Cour aucune jurisprudence interprétant l'expression « motif valable » dans ce contexte.)

[20] Quant à l'interprétation juridique de la décision du juge militaire, il apparaît que le simple ordre, donné de bonne foi et sans négligence, de se soumettre à une vaccination, alors qu'au moment où il est donné ou quelque temps plus tard il peut exister des opinions selon lesquelles un tel vaccin est dangereux, est en soi une atteinte à l'article 7 de la Charte. Il n'apparaît pas être pertinent que les autorités aient agi avec précaution et sans l'intention de nuire, comme le juge de première instance l'a conclu, ou que les membres du personnel aient le droit de refuser de se soumettre à une vaccination et soulèvent leur crainte raisonnable quant au caractère sécuritaire du vaccin comme moyen de défense dans une poursuite fondée sur l'article 126. L'idée maîtresse de la décision est qu'aucune personne ne devrait même être soumise à un ordre de subir un vaccin à l'égard duquel elle a des craintes si, bien qu'elle ne soit pas physiquement contrainte de recevoir le vaccin, cela lui fait courir le risque d'être poursuivie et de ne pas peut-être pouvoir présenter une défense de « motif valable ». (Bien que la question ne soit peut-être pas indiscutable et que je n'aie pas à en décider en l'espèce, il est probable que lors d'un tel procès la Couronne aurait le fardeau de démontrer qu'il ne s'agissait pas d'un « motif valable » et l'accusé n'aurait pas à le faire.)

[21] Ainsi, la conséquence de la décision du juge militaire en fait est que l'article 126 ne peut pas être interprété comme autorisant un ordre de subir un vaccin que certains considèrent dangereux, pas plus que comme autorisant une poursuite pour refus de subir le vaccin, la défense de « motif

provided in section 126 be constitutionally applied because it apparently is thought not to be adequate to relieve an accused of culpability even if at trial it appears from the evidence that, on the balance of probabilities, the vaccine is unsafe. In other words, section 126 cannot be applied or made operable constitutionally.

[22] With this understanding of the legal finding with which we are faced, I will proceed to demonstrate why a trial must be ordered.

*Not a Proper Matter for a Plea in Bar of Trial*

[23] Subsection 112.24(1) of the *Queen's Regulations & Orders (QR&O)* prescribes the situations in which an accused may plead in bar of trial. These are as follows:

- (a) the court has no jurisdiction,
- (b) the charge before the court or a substantially similar charge arising out of the facts that gave rise to the charge before the court was dismissed,
- (c) the accused was previously found guilty or not guilty of the charge before the court or a substantially similar charge arising out of the facts that gave rise to the charge before the court,
- (d) the accused is unfit to stand trial on account of mental disorder, or
- (e) the charge does not disclose a service offence

By subsection 112.24(6) it is provided that where a plea in bar of trial is allowed the court shall terminate the proceedings. That is the whole purpose of a plea in bar of trial.

[24] It will be noted that the argument which the respondent sought to make before the Standing Court Martial in respect of "informed consent" or the constitutional requirement that there should be no vaccination without consent is not a plea described in subsection 112.24(1). It was therefore not a fit matter for a plea in bar of trial. The fact that the Crown did not strenuously object to this procedure is irrelevant: jurisdiction cannot be conferred by consent.

[25] There are good legal and practical reasons why such an argument should not be raised by counsel or disposed of by a Standing Court Martial in this kind of proceeding. If it had been dealt with in the trial itself, the elements of section 126 would have been addressed that is, the actual case that was before the Standing Court Martial. The meaning of

valable » prévue à l'article 126 n'étant pas applicable sur le plan constitutionnel parce qu'il n'est apparemment pas approprié de déclarer un accusé non coupable même si au procès il ressort de la preuve que, selon la prépondérance des probabilités, le vaccin est dangereux. Autrement dit, l'article 126 ne peut pas s'appliquer ou avoir d'effet sur le plan constitutionnel.

[22] Compte tenu de cette interprétation de la conclusion de droit qui nous est soumise, je vais maintenant démontrer les motifs pour lesquels un nouveau procès doit être ordonné.

*La défense de non-recevabilité ne s'applique pas à ce genre d'affaires*

[23] Le paragraphe 112.24(1) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)* prévoit les situations dans lesquelles un accusé peut présenter une fin de non-recevoir. Ces situations sont les suivantes :

- a) la cause n'est pas de la compétence de la cour,
- b) l'accusation devant la cour ou une accusation sensiblement comparable découlant des faits qui ont donné lieu à l'accusation devant la cour a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu;
- c) l'accusé a déjà été reconnu coupable ou non coupable de l'accusation ou d'une accusation sensiblement comparable découlant des faits qui ont donné lieu à l'accusation devant la cour,
- d) l'accusé est inapte à subir son procès pour cause de troubles mentaux [...],
- e) l'accusation ne révèle pas une infraction d'ordre militaire

Le paragraphe 112.24(6) prévoit que si la cour fait droit à une fin de non-recevoir, elle met fin à l'instance. C'est bien là le but d'une fin de non-recevoir.

[24] Il faut remarquer que les représentations que l'intimé cherchait à faire devant la cour martiale permanente à l'égard du « consentement éclairé » ou de l'exigence sur le plan constitutionnel qu'il ne devrait pas y avoir de vaccination sans consentement ne constituent pas une fin de non-recevoir décrite au paragraphe 112.24(1). Par conséquent la défense de non-recevabilité ne pouvait donc pas être présentée. Le fait que la Couronne ne se soit pas vigoureusement opposée à la procédure n'est pas pertinent : la compétence ne peut pas être attribuée par consentement.

[25] Il existe de bons motifs juridiques et pratiques pour lesquels un tel argument ne devrait pas être soulevé par les avocats ou tranché par la cour martiale permanente dans ce type d'instances. Si cet argument avait été traité au procès lui-même, les éléments de l'article 126 auraient été examinés, soit l'affaire comme telle qui était devant la cour

“reasonable excuse” would have been considered, and then its possible constitutional implications might have been more clearly seen. The trial would have been conducted by the same judge sitting alone. No panel of officers was being spared listening to legal arguments by this preliminary procedure as would have been the case for example, in a General Court Martial. Nearly all the evidence that would be required to try the charge would either concern matters not in dispute or concern the safety of the vaccine and the circumstances of the order given, all of which was heard on the plea but which could have more appropriately been heard at the trial. I say more appropriately, because at the trial the burden of proof would have been on the prosecution to establish the elements of the offence (and possibly to negative the defence of “reasonable excuse”), not on the accused as it was in the plea proceedings to establish the facts which the trial judge thought to be the central issue. The decision under section 7 of the Charter as taken by the trial judge was of extreme importance not only for its implications as to the use of a vaccine which, for example, had been licensed for use in the United States for 28 years prior to 1998, but also for the constitutional implications with respect to other laws in various Canadian jurisdictions which require immunization, quarantine, etc. The unwisdom of dealing with such grave matters in the kind of loose procedure employed here is obvious. As noted above, there was no proper written notice or clear oral definition of the issue which was in fact decided. It appears from the record as demonstrated that counsel for the respondent framed his issue orally in terms of the need for consent as a constitutional principle. This was the issue which the appellant thought it had to meet, and this was the issue upon which both parties presented evidence and cross-examined adverse witnesses. The only written basis upon which it might have been thought by the military judge that the issue was the safety of the vaccine *per se*, as far as counsel can demonstrate to me, was to be found in a copy of a pleading in the Federal Court Trial Division, in a proceeding for remedies not within the jurisdiction of a Standing Court Martial, in which there was only an allegation that the vaccine was “unlicensed” (“Unlicensed”, meaning presumably unlicensed in Canada, is not automatically equivalent to “unsafe”). Counsel have been unable to show this Court any other basis in writing for that issue being considered by the military judge. As demonstrated above in quotations from the proceedings, it was in fact the military

martiale permanente. L’interprétation à donner à « motif valable » aurait été examinée et alors ses implications possibles sur le plan constitutionnel auraient pu être plus clairement déterminées. Le procès aurait été présidé par le même juge agissant seul. Aucune formation d’officiers n’a été épargnée d’entendre les arguments juridiques au cours de cette procédure préliminaire comme cela aurait été le cas par exemple à la cour martiale générale. Presque toute la preuve qui serait nécessaire pour juger de l’accusation touchait des questions qui ne sont pas contestées ou touchait la sécurité du vaccin et les circonstances de l’ordre qui avait été donné, et a été entendue lors de la présentation de la fin de non-recevoir, mais aurait de façon plus appropriée été entendue au procès. Je dis plus appropriée, parce que lors du procès le fardeau d’établir les éléments de l’infraction (et probablement de nier la défense de « motif valable ») aurait incombé à la poursuite et qu’il n’aurait pas incombé à l’accusé, comme ce fut le cas lors de la présentation de la fin de non-recevoir, de prouver les faits que le juge du procès croyait être au cœur du litige. La décision relative à l’application de l’article 7 de la Charte rendue par le juge du procès était d’une extrême importance non seulement pour ses répercussions quant à l’utilisation du vaccin dont, par exemple, l’utilisation aux États-Unis était en 1998 approuvée depuis 28 ans, mais aussi pour ses répercussions sur le plan constitutionnel à l’égard d’autres lois de diverses provinces et territoires canadiens qui exigent l’immunisation, la quarantaine, etc. Traiter de questions d’une telle gravité dans le cours d’une procédure peu rigoureuse comme celle utilisée dans la présente affaire est faire preuve d’une grande imprudence. Tel que précédemment mentionné, il n’y a eu aucun avis convenable ou d’énoncé verbal clair de la question qui dans les faits a été tranchée. Il ressort du dossier, comme il l’a été démontré, que l’avocat de l’intimé a énoncé verbalement sa question en présentant la nécessité du consentement comme étant un principe constitutionnel. C’est la question que l’appelante croyait devoir contrer et c’est la question pour laquelle les deux parties ont soumis de la preuve et ont contre-interrogé les témoins. Le seul fondement écrit sur lequel le juge militaire pouvait s’appuyer pour croire que la question en litige était la sécurité du vaccin en soi, dans la mesure où l’avocat peut me le démontrer, était dans un acte de procédure déposé à la Cour fédérale, Section de première instance, demandant une réparation hors de la compétence de la cour martiale permanente, dans lequel il y avait simplement une allégation selon laquelle le vaccin

judge who at the end of the respondent's case raised the safety question as the issue to be determined.

[26] Constitutional issues should be addressed in circumstances of the greatest clarity as to what is in issue.

[27] In my view the military judge had no authority to deal with this on a plea in bar of trial. Subsection 112.03(2) of the *QR&O* does provide

112.03(2) At any time after a Standing Court Martial or Special General Court Martial has been convened, the military judge assigned to preside at the court martial may on application, hear and determine any question, matter or objection

Even if, notwithstanding the terminology employed by the parties in the court, this matter were not regarded as a plea in bar of trial but instead as a preliminary objection to the prosecution on constitutional grounds, the exercise by the trial judge of his discretion to deal with it as such was wrong in principle. This was not an objection based on matters extraneous to the substance of the charge, such as delay in bringing the accused to trial, but instead involved the same facts as would have to be considered to determine guilt or innocence

#### *The Decision was Wrong in Law*

[28] Without going into all the problems inherent in the decision, one thing is apparent. The learned military judge found that to order, in good faith and with reasonable care, the administration of a vaccine that in future some court might hold on the balance of probabilities to be unsafe, is *per se* a violation of section 7 as an invasion of a right to personal security. I think the parties would agree that forcible vaccination of an individual would *per se* be an infringement of the right to security, but that is not what was involved here. Sergeant Kipling was never vaccinated but sent home instead to face the consequence of a possible trial where it might be demonstrated that he had a "reasonable excuse" for refusing vaccination. In my view it was not sufficient for the military judge simply to conclude as he did that by the mere order there was an infringement of personal security *per se*; he was also obliged to consider,

était « non homologué » (« Non homologué », signifiant probablement non homologué au Canada, ne signifie pas automatiquement « dangereux ».) Les avocats n'ont pas réussi à démontrer à la Cour qu'il existait un autre fondement écrit pour que cette question soit examinée par le juge militaire. Comme cela ressort des extraits de l'instance cités précédemment, c'est, dans les faits, le juge militaire qui à la fin de l'argumentation de l'intimé a soulevé la question de la sécurité comme étant la question à trancher

[26] Les questions constitutionnelles ne devraient être traitées que lorsqu'on a établi avec la plus grande clarté l'objet du litige.

[27] À mon avis, le juge militaire n'avait pas compétence pour traiter de cette affaire dans le cours d'une défense de non-recevoir. Le paragraphe 112.03(2) des *ORFC* prévoit effectivement :

112.03(2) À tout moment après la convocation de la cour martiale permanente ou de la cour martiale générale spéciale, le juge militaire désigné pour présider la cour martiale peut, sur demande, entendre et statuer sur toute question ou objection

Même si, malgré la terminologie utilisée par les parties à la cour, l'affaire n'était pas traitée comme étant une fin de non-recevoir mais plutôt comme une objection préliminaire à la poursuite et fondée sur des motifs constitutionnels, l'utilisation par le juge de son pouvoir discrétionnaire pour en connaître ainsi était en principe erronée. Il ne s'agissait pas d'une objection fondée sur des questions étrangères au fond de l'accusation, telles qu'un retard à tenir le procès de l'accusé, mais d'une objection portant plutôt sur les mêmes faits qui auraient dû être pris en compte pour décider de la culpabilité ou de l'innocence.

#### *La décision était erronée en droit*

[28] Sans entrer dans tous les problèmes inhérents à la décision, il y a une chose qui est évidente. Le juge militaire a conclu qu'ordonner, en toute bonne foi et avec une prudence raisonnable, l'administration d'un vaccin qui pourrait, selon la prépondérance des probabilités, être par la suite considéré par une autre cour comme étant dangereux, constitue en soi une atteinte à l'article 7 en tant qu'une violation au droit à la sécurité de la personne. Je crois que les parties seront d'accord pour dire que la vaccination forcée d'un individu serait en soi une atteinte au droit à la sécurité, mais que ce n'est pas ce qui était en cause en l'espèce. Le Sergent Kipling n'a jamais été vacciné mais a plutôt été renvoyé chez lui pour faire face aux conséquences d'un éventuel procès dans lequel il pourrait être prouvé qu'il avait un « motif valable » pour refuser de subir une vaccination. À mon avis, il ne suffisait pas que

in applying section 7, whether this right to security was nevertheless denied in accordance with the principles of fundamental justice. It is well established that a court must balance individual interests *versus* the public interest in deciding whether in the final analysis there is a denial of a right contrary to the principles of fundamental justice so as to invoke the protection of section 7. For example in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, the Supreme Court was considering whether *Criminal Code* provisions making it an offence for a person to assist another person in committing suicide contravene section 7. The criminalization of the act of assisting suicide is perhaps even more intrusive of a person's bodily autonomy, since it may mean that if they are unable to commit suicide themselves and would require assistance, they may be prevented from making a personal choice whether to live or die. While in *Rodriguez* the Court found there to be an invasion of security of the person, it proceeded carefully to consider whether such intrusion was in accordance with the principles of fundamental justice. There it balanced the interests of the individual against societal interests in the preservation of life, and ultimately found the *Criminal Code* provision to be in accordance with the principles of fundamental justice. (*Ibid* at pp. 582-608). In the present case the prosecutor did argue before the military judge in opposing the plea in bar of trial that if there were a denial of the security of the person involved it was in accordance with the principles of fundamental justice. In this respect he relied mainly on the fact that Sergeant Kipling was not forced to have the vaccination and that he could not be sanctioned for refusing it except through the process of a trial where he would have the defence of "reasonable excuse". The conclusions of the military judge as quoted above do not consider whether the invasion of security of the person under section 7, which he found, was or was not in accordance with the principles of fundamental justice. This is an error of law in the application of a constitutional sanction.

[29] Even if such issues are not adequately argued, a judge is obliged to apply the whole of section 7 and not just part of it if he undertakes to strike down legislation or administrative acts. A cursory review of the evidence reveals many other questions which should have been considered in determining whether the alleged invasion of "security" interests was nevertheless in accordance with the principles of fundamental justice. For example, were there balancing societal interests such as the defence of Canada

le juge militaire conclue simplement comme il l'a fait que par le simple ordre il y avait eu une atteinte à la sécurité de la personne en soi; il avait de plus l'obligation d'examiner, en appliquant l'article 7, la question de savoir si ce droit à la sécurité était néanmoins refusé selon les principes de justice fondamentale. Il est clairement établi qu'un tribunal doit s'appesantir sur les intérêts personnels en fonction de l'intérêt public lorsqu'il décide en dernière analyse s'il existe un déni d'un droit qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale, de sorte que la protection de l'article 7 puisse être invoquée. Par exemple, dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, la Cour suprême s'est demandé si les dispositions du *Code criminel* qui prévoient qu'une personne qui en aide une autre à se donner la mort commet une infraction, violent l'article 7. La criminalisation de l'acte d'aide au suicide est peut-être encore plus abusive à l'égard de l'autonomie physique d'une personne étant donné que cela peut signifier que si une personne n'est pas capable de se donner la mort sans aide, elle peut être empêchée de faire le choix personnel de vivre ou mourir. Bien que dans l'arrêt *Rodriguez* la Cour ait conclu qu'il y avait là une atteinte à la sécurité de la personne, elle a procédé à un examen soigneux quant à savoir si une telle atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale. Elle a fait la pondération des intérêts de la société et des intérêts de l'individu à l'égard de la préservation de la vie et a conclu en bout de ligne que la disposition du *Code criminel* était conforme aux principes de justice naturelle. (*Ibid.* pages 582 à 608.) En l'espèce, l'avocat de la poursuite a effectivement allégué devant le juge militaire en contestant la fin de non-recevoir que s'il y avait un déni de la sécurité de la personne en cause ce déni était conforme aux principes de justice fondamentale. À cet égard, il s'est fondé principalement sur le fait que le Sergent Kipling n'avait pas été obligé de subir la vaccination et qu'il ne pouvait pas être puni pour avoir refusé de l'être sauf par le moyen d'un procès au cours duquel il pourrait invoquer la défense de « motif valable ». Les conclusions du juge militaire, précédemment citées, ne prennent pas en compte la question de savoir si l'atteinte à la sécurité de la personne suivant l'article 7, à laquelle il a conclu, était ou n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il s'agit d'une erreur de droit dans l'application d'une sanction sur le plan constitutionnel.

[29] Même si l'argumentation de telles questions n'est pas faite de façon appropriée, un juge a l'obligation, s'il entreprend d'annuler une loi ou des actes administratifs, d'appliquer l'article 7 dans son entier et non pas seulement une portion de celui-ci. Un examen rapide de la preuve révèle de nombreuses autres questions qu'on aurait dû prendre en compte pour décider si la violation du droit à la « sécurité » qui était alléguée était néanmoins conforme aux principes de justice fondamentale. Par exemple,

and of Canadian interests abroad or the effectiveness and efficiency of the Canadian Forces? Are decisions as to the administration of vaccines, or as to their refusal, to be based on absolutely verifiable determinations as to "safety" or are they to be made on the basis of reasonable risk assessment? (The trial judge seems to have ruled out reasonable care as a justification for the determination of safety, as he held the military authorities not to have been negligent in ordering the vaccinations here). If such decisions must be made on the basis of absolute verifiable certainty, how is this to be achieved? The evidence in this case demonstrated some conflicting views of experts. All agreed that there are some short-term side effects from the vaccine for some people, and that there have been no studies of its long-term effects or indeed of many vaccines which continue to be used because the benefits outweigh any known risks. (5 AB 905-06, 919). If on the other hand the requirements of fundamental justice could be met by some form of rational risk assessment, who is to make it, by what standards, at what time, and on the basis of what knowledge? Must it be all the knowledge available in the world, or simply all the knowledge available to the relevant parties at the time when circumstances appear to require a decision? In the present case, for example, as noted earlier, the negative opinion as to the safety of the vaccine had been formed in the United States by one of the expert witnesses only at about the time the order for vaccination was being issued to Canadian Forces in Kuwait in March, 1998; and a negative study on short-term effects of the vaccine was not completed until some 8 months later. Both of these sources were taken into consideration by the trial judge when in May, 2000 he found the vaccine to be unsafe

*CMAC cannot deal with the Constitutional Issue*

[30] Subsection 57(1) of the *Federal Court Act* provides as follows:

57 (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2)

a-t-on pris en compte les droits de la société tels que la défense du Canada et des intérêts canadiens à l'étranger ou l'efficacité des Forces canadiennes? Les décisions quant à l'administration de vaccins, ou quant au refus de les subir, doivent-elles être fondées sur des analyses absolument vérifiables quant à la « sécurité » ou doivent-elles être prises en se fondant sur l'évaluation du risque raisonnable? (Le juge du procès semble avoir exclu la diligence raisonnable comme justification de la décision quant à la sécurité étant donné qu'il a conclu que les autorités militaires n'avaient pas été négligentes en ordonnant les vaccinations dans le présent cas.) Si de telles décisions doivent être prises en se fondant sur des certitudes absolument vérifiables, comment peut-on y arriver? La preuve en l'espèce a démontré que les opinions des experts sont contradictoires. Tous s'entendent pour dire que le vaccin cause chez certaines personnes des effets secondaires à court terme et qu'il n'existe pas d'études sur les effets secondaires à long terme, comme d'ailleurs pour de nombreux autres vaccins qui continuent à être utilisés parce que les effets bénéfiques surpassent les risques connus. (DA 5, pages 905 et 906 et page 919.) Par contre, si les exigences de justice fondamentale pouvaient être respectées par une certaine forme d'évaluation rationnelle du risque, qui devrait faire cette évaluation, selon quels critères, quand et en se fondant sur quelles connaissances? Devrait-on utiliser toutes les connaissances du monde ou simplement toutes les connaissances disponibles aux parties en cause au moment où les circonstances requièrent une décision? En l'espèce, par exemple, tel que précédemment mentionné, l'opinion défavorable quant à la sécurité du vaccin provenait des États-Unis, de la part d'un des témoins experts, à peu près durant la période où l'ordre de vaccination avait été émis aux membres des Forces canadiennes au Koweït en mars 1998; huit mois s'étaient écoulés avant qu'une étude sur les effets à court terme du vaccin aboutisse à une conclusion défavorable. Ces deux sources ont été prises en compte par le juge du procès lorsqu'il a conclu, en mai 2000, que le vaccin était dangereux.

*La Cour d'appel de la cour martiale ne peut pas connaître de la question constitutionnelle*

[30] Le paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit ce qui suit :

57 (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2)

It is not in dispute that this section applies to the Court Martial Appeal Court as a “federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal...”.

[31] In this case the subject-matter of the proceeding, which has often been lost sight of, is a prosecution under section 126 of the *National Defence Act*. While all the time insisting that he was not challenging the validity of section 126, the respondent has obtained a decision of the Standing Court Martial that a prosecution may not constitutionally proceed under this section because, apparently, it could have the forbidden effect of permitting the military command to require a vaccination and thereby subject service personnel to a possible trial where their only defence would be “reasonable excuse”. Since that is precisely what section 126 provides for, its “constitutional ... applicability or operability”, as referred to in subsection 57(1) *supra* must be in issue. Indeed counsel for the respondent recognizes this in his memorandum of fact and law which states as follows:

It is respectfully submitted that s 126 of the *National Defence Act*, which requires an individual to submit to a vaccine unless there is a reasonable excuse, must be read in a way consistent with the provisions of section 7 of the Charter

Counsel for the appellant recognized that an issue of constitutional applicability was involved. In argument he said that the respondent was challenging not the constitutionality of section 126 but “its application within the specific circumstances of this case”. (6 AB p. 1014, lines 3-4, emphasis added).

[32] One may criticize the breadth of subsection 57(1) of the *Federal Court Act* but we must obey the law as we find it. In this particular case some attorneys-general might well have an interest in intervening, as counsel for the prosecution demonstrated to the Standing Court Martial that there are other federal and provincial laws which require immunization or quarantine in certain circumstances. (6 AB 1017-21). Compliance with the notice section is not difficult, and either party could have served the required notices in the present case. They chose not to do so. Consequently this Court is precluded by the subsection from adjudging section 126 to be either constitutionally inapplicable or inoperable, which is what we would have to do if we were to dismiss the appeal and confirm the decision of the Standing Court Martial.

Il n'est pas contesté que ce paragraphe s'applique à la Cour d'appel de la cour martiale en tant qu'« office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire [...] ».

[31] En l'espèce, l'objet de l'instance, qui a souvent été perdu de vue, est une poursuite intentée en vertu de l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*. Bien que l'intimé ait insisté, tout au long du procès, qu'il ne contestait pas la validité de l'article 126, il a obtenu de la cour martiale permanente une décision établissant qu'une poursuite ne peut pas sur le plan constitutionnel être intentée en vertu de cet article parce que, semble-t-il, cela pourrait avoir l'effet néfaste de permettre au commandement militaire d'exiger une vaccination et par conséquent de soumettre les membres de l'armée à un éventuel procès au cours duquel leur seule défense serait la défense de « motif valable ». Étant donné que c'est précisément ce que l'article 126 prévoit, l'« applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel », dont il est question au paragraphe 57(1), précité, doit être en cause. De fait, l'avocat de l'intimé le reconnaît dans son mémoire des faits et du droit. Il y affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

Nous soumettons respectueusement que l'article 126 de la *Loi sur la défense nationale*, qui exige qu'un individu se soumette à un vaccin à moins qu'il n'ait un motif valable, doit être interprété d'une façon compatible avec les dispositions de l'article 7 de la Charte

L'avocat de l'appelante a vu qu'il existait une question qui touche l'applicabilité sur le plan constitutionnel. Dans ses représentations, il a déclaré que l'intimé ne contestait pas la constitutionnalité de l'article 126 mais [TRADUCTION] « son application dans les circonstances particulières en l'espèce ». (DA 6, page 1014, lignes 3 et 4.)

[32] On peut critiquer la portée du paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais on doit se conformer à la loi telle qu'elle existe. Dans la présente affaire, certains procureurs généraux pourraient bien avoir un intérêt à intervenir, étant donné que, tel que l'avocat de la poursuite l'a démontré à la cour martiale permanente, il existe d'autres lois fédérales et provinciales qui exigent l'immunisation ou la quarantaine dans certaines circonstances. (DA 6, pages 1017 à 1021.) La conformité quant à l'avis ne pose pas de difficultés et l'une ou l'autre des parties aurait pu envoyer les avis nécessaires dans la présente affaire. Ils ont choisi de ne pas le faire. Par conséquent, la Cour ne peut pas, suivant ce paragraphe, déclarer que l'article 126 est sur le plan constitutionnel soit inapplicable soit sans effet, ce qu'elle devrait faire si elle devait rejeter l'appel et confirmer la décision de la cour martiale permanente.

Remedy

[33] This is an appeal under paragraph 230.1(d) of the *National Defence Act* involving the legality of a decision of a court martial that terminated proceedings on a charge. Under section 239.2 on such an appeal this Court may, where it allows the appeal, “set aside the decision and direct a new trial on the charge”.

[34] As I have concluded that we must set aside the decision on the “plea in bar of trial”, our only authority is to direct a new trial on the charge. Considering that some of the same evidence will probably be called but the issues may well be defined differently, it would probably be appropriate for a different judge to preside at the new trial.

Disposition

[35] The appeal should be allowed and a new trial should be ordered.

LYSYK J.A.: I agree.

DAWSON J.A.: I agree.

La réparation

[33] Il s’agit d’un appel suivant l’alinéa 230.1d) de la *Loi sur la défense nationale* concernant la légalité d’une décision de la cour martiale qui met fin au procès sur une accusation. Suivant l’article 239.2, dans un tel cas, la Cour, si elle fait droit à l’appel, « annule [la décision] et ordonne la tenue d’un nouveau procès sur l’accusation ».

[34] Étant donné que j’ai conclu que nous devons annuler la décision sur la « fin de non-recevoir », nous n’avons compétence que pour ordonner la tenue d’un nouveau procès. En tenant compte du fait que certains éléments de preuve seront soumis à nouveau mais que les questions en litige pourraient bien être énoncées différemment, il serait probablement approprié qu’un autre juge préside le nouveau procès.

Décision

[35] L’appel devrait être accueilli et un nouveau procès devrait être ordonné.

LE JUGE LYSYK, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE DAWSON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.